

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

ANDRÉ CONCEIÇÃO DE BRIDA

**AS LIMITAÇÕES DO ECAD – ESCRITÓRIO CENTRAL DE
ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – PERANTE A LEI 9.610 DE 1998,
QUANDO ATUANTE NA FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO DOS
DIREITOS AUTORAIS, COM ESPECIAL ENFOQUE NO PODER DE
POLÍCIA ADMINISTRATIVA**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

ANDRÉ CONCEIÇÃO DE BRIDA

**AS LIMITAÇÕES DO ECAD – ESCRITÓRIO CENTRAL DE
ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – PERANTE A LEI 9.610 DE 1998,
QUANDO ATUANTE NA FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO DOS
DIREITOS AUTORAIS, COM ESPECIAL ENFOQUE NO PODER DE
POLÍCIA ADMINISTRATIVA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado para
obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

Orientador: Prof. MSc. Luiz Eduardo Lapolli Conti.

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

ANDRÉ CONCEIÇÃO DE BRIDA

**AS LIMITAÇÕES DO ECAD – ESCRITÓRIO CENTRAL DE
ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – PERANTE A LEI 9.610 DE 1998,
QUANDO ATUANTE NA FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO DOS
DIREITOS AUTORAIS, COM ESPECIAL ENFOQUE NO PODER DE
POLÍCIA ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do Grau de
Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do
Extremo Sul Catarinense - UNESC, com Linha de
Pesquisa em Direito Administrativo e Direito Autoral.

Criciúma, 13 de Junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti – Mestre - UNESC – Orientador

Prof. Dilvânio de Souza – Mestre - UNESC - Examinador

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior – Especialista - UNESC - Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus amores que me amam incondicionalmente, Andressa, Fofa e Maya e em especial aos meus pais.

**“Todos somos iguais perante a lei, mas não
perante os encarregados de fazê-las
cumprir.”**

S. Jerzy Lec.

RESUMO

A Lei 5.988 de 14 de dezembro de 1973 permitiu às associações dos titulares de direitos autorais que organizassem um escritório central de arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública das composições musicais, lítero-musicais e de fonogramas. Dessa forma, surge o ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, uma sociedade civil de natureza privada mantida pela atual lei dos direitos autorais, Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Este trabalho tem como tema verificar as limitações do ECAD, frente à Lei 9.610 de 1998, quando atuante na fiscalização e arrecadação dos direitos autorais, com especial enfoque no uso do poder de polícia administrativa. O objetivo geral é pesquisar sobre a proteção dada aos direitos autorais pela Lei 9.610 de 1998, demonstrando a limitação das atribuições do órgão competente. Os específicos são: examinar as características do poder de polícia, determinando quem de fato possui a competência para exercê-lo, especificar os elementos dos direitos autorais, pertinentes ao tema, bem como a proteção dada à matéria ao longo do tempo e examinar a sociedade civil denominada ECAD, verificando as limitações dessa perante a lei 9.610 de 1998, com especial enfoque nos atos praticados pela instituição, acerca da caracterização do uso do poder de polícia administrativa. O método de pesquisa foi o dedutivo, utilizando-se majoritariamente a pesquisa bibliográfica, a pesquisa na legislação pertinente e complementarmente, o posicionamento jurisprudencial.

Palavras-chave: Poder de Polícia; Direitos Autorais; Arrecadação; Fiscalização; ECAD.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRAC - Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos.

ABRAMUS - Associação Brasileira De Música e Artes.

AMAR - Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes.

ASSIM - Associação de Intérpretes e Músicos.

CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral.

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

LDA – Lei de Direitos Autorais.

SADEMBRA - Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil.

SBACEM - Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música.

SICAM - Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais.

SOCINPRO - Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais.

UBC - União Brasileira de Compositores.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. PODER DE POLÍCIA	11
2.1. Origem histórica e evolução do poder de polícia.....	11
2.2. Conceito	14
2.3. Características.....	16
2.4. Finalidade e limites	18
2.4.1. Finalidade.....	18
2.4.2. Limites.....	19
2.5. Competência e delegação	20
2.5.1. Competência.....	21
2.5.1.1. Dos agentes públicos	21
2.5.2. Delegação	23
3. OS DIREITOS AUTORAIS.....	25
3.1. A evolução da legislação autoral no mundo.....	25
3.2. A evolução da legislação autoral no Brasil.....	29
3.2.1. A legislação específica	29
3.2.2. A legislação constitucional	32
3.3. Conceito e natureza jurídica.....	34
4. O ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD	39
4.1. Origem e constituição do ECAD	39
4.2. O sistema de arrecadação	40
4.2.1. As formas regulamentares de arrecadação pelo ECAD.....	41
4.3. As limitações do ECAD perante a Lei 9.610 de 1998 (LDA)	44
4.3.1. A execução pública.....	44
4.3.2. A necessidade de filiação.....	45
4.3.3. A necessidade de autorização expressa.....	48

4.3.4. O poder de polícia	50
5. CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia objetiva estudar a atuação da sociedade civil de natureza privada denominada como ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, quando exercente da atividade de arrecadador e fiscal dos direitos autorais. Neste, propõe-se analisar as limitações dessa instituição em consonância com a lei dos direitos autorais vigente, Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 (LDA – Lei de Direitos Autorais) (Brasil, 1998), e em especial se seus atos, quando atuante no papel de agente fiscal, assumem características típicas àquelas inerentes aos atos revestidos com poder de polícia administrativa.

O trabalho utilizará o método dedutivo, através de pesquisa do tipo qualitativa e teórica, verificando pela análise do material bibliográfico o posicionamento doutrinário dominante. Além disso, analisar-se-á o conjunto de legislações em torno do tema e de forma complementar, através do acesso ao banco de dados on-line do Supremo Tribunal Federal, o posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria.

Desse modo, no primeiro capítulo, será discorrido acerca do poder de polícia administrativa, demonstrando sua origem e consequente evolução histórica, bem como suas principais características, principalmente aquelas que permitam identificar as situações nas quais pode se manifestar, assim, estarão evidenciados seu conceito, finalidade, seus limites, competência e a sua delegação.

No segundo capítulo, serão abordados os elementos constitutivos dos direitos autorais, enfocando-se primeiramente na evolução histórica da proteção conferida aos autores e suas obras, desde a antiguidade clássica até os tempos atuais, com base na análise da legislação internacional e em especial da legislação brasileira, para que posteriormente adentre-se na sua conceituação e na classificação atual de sua natureza pelo ordenamento autoral em vigor.

Por último, no terceiro capítulo, estará em foco a sociedade civil de natureza privada, instituída pela Lei Federal nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973 (BRASIL, 1973b) e mantida pela atual lei de direito autoral brasileira - Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998) - o ECAD. Partindo-se da sua origem e constituição, passar-se-á pela forma com a qual desempenha suas atividades,

especialmente as de arrecadação e de agente fiscalizador, para que finalmente venha-se a demonstrar suas limitações perante a legislação autoral no atual ordenamento brasileiro, com especial atenção no que diz respeito ao poder de polícia administrativa.

2. PODER DE POLÍCIA

Desde o primeiro momento em que o Estado necessitou promover a organização social com o intuito de regular o convívio de seus membros, a fim de estabelecer a ordem pública e atender às necessidades de seus administrados, utilizou-se de uma ferramenta inerente à sua constituição, o poder que lhe permitia limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, o poder de polícia administrativa (MEIRELLES, 2004).

Assim, por serem os direitos e garantias fundamentais um assunto de grande relevância, ao ponto de a própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) dedicar um capítulo acerca do tema, inclusive determinando a impossibilidade de que sejam revogados ou mesmo alterados, e ser o poder de polícia aquele que permite ao Estado interferir sobre o gozo dessas garantias, desses direitos, agindo coercitivamente, inclusive com o uso de força física se necessário (TÁCITO, 1975), imprescindível o seu estudo na medida em que possam vir a ocorrerem abusos por parte do Estado ou a quem lhe fizer as vezes.

Então, levando-se em conta a faculdade que dispõe o Estado de promover a delegação de suas atividades, especialmente a aqueles que não integram o corpo administrativo (particulares) (MELLO, 2006), e estas forem aquelas que venham a utilizar do poder de polícia para sua consecução, torna-se necessário evidenciar as suas características, principalmente aquelas que permitam uma melhor compreensão da sua manifestação, por isso serão enfocados aqui os seguintes aspectos: origem histórica, evolução, conceito, características, finalidade, limites, competência e a delegação.

2.1. Origem histórica e evolução do poder de polícia

Para se entender melhor o que é o poder de polícia, primeiramente deve-se saber que o termo polícia vem do latim *politia* e do grego *politea*, vocábulos utilizados para designar todas as atividades das cidades-estado (*polis*), sem qualquer relação com o sentido atual da expressão (MEDAUAR, 2010).

Durante a Idade Média esse vocábulo sofreu alterações, conforme explana Cretella-Júnior (1995, p. 521-522):

Durante a Idade Média o sentido do vocábulo alterou-se, tendo sido usado para designar a boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa da competência exclusiva da autoridade eclesiástica. Mais tarde na França e na Alemanha, a *police* e a *polizei* passaram a designar o direito do soberano e do senhor feudal para zelar, de todos os modos possíveis, pelo bem estar daqueles que estavam sob suas ordens. Assim o conhecimento de polícia foi-se ampliando até abranger toda atividade da Administração, quer dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, quer a zelar através de serviços públicos pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população. Do *ius polítiæ* ficava excluída apenas a atividade financeira e a administração militar.

Ainda, segundo Odete Medauar (2010, p. 345), “Aos poucos saem do âmbito da polícia as matérias relativas à justiça e às finanças. Nos primórdios do século XVIII polícia designa o total da atividade pública interna, salvo a justiça e as finanças”.

Com os acontecimentos dos anos seguintes surgem as primeiras noções dos direitos individuais, especialmente após a *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689, dando início aos movimentos que viriam a consagrar os princípios como a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade. Esses movimentos dariam origem a Declaração da Virgínia de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, redundando na Revolução Francesa do século XVIII. Inaugurando-se assim uma nova fase, o Estado de Direito (SARLET, 2009).

Explana Di Pietro (2005, p. 109-110):

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, em que a preocupação era a de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as Constituições; a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Dessa forma, o Estado agora inundado pelos ideais liberais passa a se preocupar com aspetos da sociedade antes ignorados, necessitando que sua atividade de polícia passasse a atuar de forma mais específica e ampla ao mesmo

tempo. Constata a autora, “Antes já de iniciar-se o século XX, os autores começam a falar em uma polícia geral, relativa à segurança pública, e em polícias especiais, que atuam nos mais variados setores da atividade dos particulares.” (DI PIETRO, 2005, p. 110).

Posteriormente o Poder de Polícia assume a forma pela qual o conhecemos, a partir do Estado de Direito, e em especial durante o século XIX, principalmente com o advento da expressão “*Police Power*”, que adentrou no vocabulário jurídico com o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brow versus Maryland* (TÁCITO, 1975).

Nesse sentido escreve Medauar (2010, p. 345):

Aos poucos se deixou de usar o vocábulo “polícia” isoladamente para designar essa parte da atividade da Administração. Surgiu primeiro a expressão polícia administrativa na França, em contraponto a polícia judiciária. A expressão poder de polícia vigente no ordenamento brasileiro é a tradução de *police power*. [...] A expressão aí se referia ao poder dos Estados Membros de editar leis de direitos, em benefício do interesse público.

Assim, o poder de polícia administrativo está atrelado ao Estado quando exercente da atividade de Administração Pública, a qual para todos os efeitos é o que conceitua Di Pietro (2005, p. 59):

Em sentido objetivo, a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; [...] Nesse sentido, a Administração pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público.

Neste sentido, então, a Administração Pública consiste na atividade exercida para atender às demandas coletivas, podendo a mesma limitar o exercício de determinados direitos de seus cidadãos visando sempre o bem-estar e o interesse da própria coletividade.

Enfim, percebe-se que o poder de polícia originou-se da necessidade do Estado de regular o convívio de seus administrados, através da limitação de seus direitos em benefício do bem coletivo.

2.2. Conceito

Para que não ocorra a possibilidade de existir uma interpretação diversa daquela desejada pelo presente estudo e para que o conceito utilizado seja o que reflita de forma mais completa os aspectos desse poder, diante da grande quantidade de conceitos existentes acerca do tema, é necessária sua conceituação.

Segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 385), “O poder de polícia administrativa é a competência de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.

Dessa forma, ao se analisar o conceito acima, depreende-se que a competência administrativa representa as atividades desenvolvidas de modo permanente e contínuo, englobando a organização de recursos materiais e humanos, a fim de disciplinar o exercício da autonomia privada, a qual não possui cunho prestacional, mas sim, preventivo e repressivo. Ainda, tais atividades devem levar em conta que o poder de polícia possui a finalidade de produzir a realização dos direitos fundamentais dos integrantes da coletividade, através da limitação dos direitos individuais, evitando que a liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia. Tal restrição, entretanto, é dotada de grande potencial antidemocrático, devendo por isso, estar sujeita aos princípios constitucionais e legais disciplinadores da democracia republicana. Além disso, o poder de polícia precisa estar atrelado ao princípio da legalidade, pois seria ilegal introduzir por meio da atividade administrativa de polícia, limitação ou constrangimento não autorizado por lei. Finalmente, o Estado em sua atribuição de limitar os direitos individuais, precisa observar a proporcionalidade de seus atos, levando em conta a adequação necessária e compatível com os valores consagrados na Constituição Federal e nas leis, sob o risco de ofender valores ou direitos considerados como intangíveis (JUSTEN-FILHO, 2005).

Nesse norte, continua Hely Lopes Meirelles (2004, p. 129) “Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Assim, diz-se que o poder de polícia é o mecanismo utilizado pela Administração Pública, para frenar e conter abusos praticados pelos administrados. Através desse mecanismo, inerente a toda Administração, que o Estado refreia a atividade dos particulares que se opuserem contrariamente, nocivamente ou inconvenientemente ao bem-estar-social, ao desenvolvimento do bem público (MEIRELLES, 2004).

Reforçando a ideia, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966) em seu artigo nº 78 traz a seguinte definição:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (Brasil, 1966).

Do conceito enunciado pelo Código Tributário Nacional pode-se extrair que o poder de polícia é a atribuição que dispõe o Estado para condicionar o uso, o gozo e a propriedade, bem como o exercício da liberdade dos administrados, sempre visando o interesse público ou social (GASPARINI, 1995).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 772) existem dois conceitos para o poder de polícia: um amplo, “A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”, e um estrito:

A expressão “poder de polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa (MELLO, 2006, p. 772).

Acerca desse último o autor explica que, tal poder se traduz como sendo a atividade da Administração Pública, embasada na supremacia geral e na forma da lei, que através de atos normativos ou mesmo concretos passa a condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, agindo mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever

de abstenção para conformar-lhes aos interesses sociais do sistema normativo (MELLO, 2006).

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 128) define poder de polícia como sendo “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”, afirma ainda que tal interesse, o público, pode ser a respeito dos mais variados setores da sociedade, citando como exemplo a segurança, saúde, moral defesa do consumidor, meio ambiente, propriedade entre outros.

Enfim, notadamente resta claro que o poder de polícia é uma atividade de competência do Estado, o qual através de atos passa a limitar o exercício dos direitos individuais dos particulares, sempre observando os princípios da legalidade e da proporcionalidade, para obter o benefício da coletividade (JUSTEN-FILHO, 2004).

2.3. Características

Tendo em vista que existem particulares autorizados pela Administração Pública a desempenharem atividades típicas de sua competência (MELLO, 2006) é preciso caracterizar tal atuação, a fim de se identificar em quais hipóteses, em quais ocasiões os atos praticados pelos entes do setor privado assemelham-se aos atos típicos de polícia.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2004) o Poder de Polícia Administrativa tem as seguintes características: discricionariedade, coercibilidade e auto-executoriedade.

Acerca da discricionariedade afirma o autor:

A discricionariedade, como já vimos, **traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia**, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. [...] **Ao conceituarmos o poder de polícia como faculdade discricionária não estamos reconhecendo à Administração qualquer poder arbitrário.** Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; a arbitrariedade é ação fora ou

excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto (MEIRELLES, 2004, p. 134) (grifo nosso).

Deve se entender que Meirelles (2004) ao escrever sobre discricionariedade não está dizendo que o poder de polícias é um poder discricionário, mas sim, que possui capacidade discricionária, como muito bem elucida Marçal Justen Filho (2005, p. 393) “é incorreto qualificar o poder de polícia com “um poder discricionário””, pois na verdade o que existe são competências administrativas que previstas em lei, podem contemplar margem de discricionariedade.

No que tange à auto-executoriedade, Meirelles (2004, p. 135-136) a entende como:

[...] a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do judiciário é o outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa a obstar. [...] O que o princípio da auto-executoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa e pela própria Administração, independentemente de mandado judicial. [...] Nesse sentido já decidiu o STF, concluindo que, no exercício regular da autotutela administrativa, pode a Administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória, que é posta à sua disposição em caráter facultativo. [...] Mas não se confunda a auto-executoriedade das sanções de polícia com punição sumária e sem defesa. **A Administração só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública,** ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância, aquela ou esta comprovada pelo respectivo auto de infração, lavrado regularmente; nos demais casos exige-se o processo administrativo correspondente, com plenitude de defesa ao acusado, para validade da sanção imposta (grifo nosso).

Acerca do assunto explana Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, pode a Administração Pública submeter os particulares à conformação de seu comportamento às injunções dela emanadas, não necessitando de juízo prévio de cognição e muito menos de ulterior juízo processado perante as autoridades judiciárias.

Outra característica apontada por Meirelles (2004, p. 136) é a coercibilidade:

A Coercibilidade, isto é, a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, constitui também atributo do poder de polícia. Realmente, todo o ato de polícia é imperativo (obrigatório para seu destinatário), admitindo até o emprego da força pública para seu cumprimento, quando resistido pelo administrado. Não há ato de polícia facultativo para particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial. É a própria Administração que determina e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia. O atributo da coercibilidade do ato de polícia justifica o emprego da força física quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados.

Lembra ainda a importância deste atributo Antônio Bandeira de Mello (2006), segundo ele é natural que se manifeste no poder de polícia o exercício da coação administrativa, levando-se em conta que a Administração para poder realizar sua função com eficácia, não pode estar sujeita às demoras de um processo judicial, sob pena da degradação dos valores sociais resguardados pelas medidas de polícia.

Diante do exposto, percebe-se que as ações praticadas por terceiros se nelas presentes estiverem os pressupostos da discricionariedade, da auto-executoriedade e da coercibilidade, tal ato será tipicamente um ato do poder de polícia.

2.4. Finalidade e limites

2.4.1. Finalidade

Para que se possa verificar a validade das ações praticadas pela Administração Pública ou por terceiros que atuem em nome dela, necessariamente é preciso determinar os fins pretendidos pelo ato de polícia, pois o desfoque dessa finalidade pode caracterizar o desvio de poder (TÁCITO, 1975).

Segundo o autor:

A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou por outro interesse público estranho à finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder. É, sobretudo, em relação aos atos de polícia, por sua natureza discricionária, que o controle da legalidade do fim objetivado na ação administrativa adquire relevo especial. Ele corresponde à eliminação dos processos maliciosos e sub-reptícios (e, por isso mesmo, socialmente mais nocivo) de arbítrio administrativo acobertado pelo aparente respeito à lei (TÁCITO, 1975, p. 142).

Ainda, menciona Hely Lopes Meirelles (2004) que a finalidade do poder de polícia nada mais é do que a garantia à proteção do interesse público, especialmente no sentido mais amplo. Esse sentido, o qual denomina de sentido superior da comunidade, afirma fazerem parte os valores materiais e também os valores patrimoniais e espirituais do povo, os quais geralmente encontram-se expressos nas tradições, nas instituições e obviamente nas aspirações nacionais, reflexo natural da maioria que sustenta o regime político vigente e da consubstanciação pela Constituição e pela ordem jurídica em vigor.

Por fim, Diógenes Gasparini (1995) afirma que a motivação da atribuição de polícia deve ser sempre o interesse público e o bem-estar-social. Pois a Administração Pública não pode ser impedida de atingir o fim pretendido (bem comum) pelo simples fato de que deva ser garantido o uso, gozo e a disposição da propriedade privada e o exercício da liberdade pelos particulares.

2.4.2. Limites

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 132-133) explica que “Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurado na Constituição da República (art. 5º)”.

Dessa forma, cita-se o que Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 770) escreve acerca do assunto:

Enquanto em certas hipóteses a atividade individual seria manifestadamente danosa, por transparente esse caráter, noutras a determinação depende de um exame concreto. Nos primeiros casos a limitação já vem assinalada de modo inarredável na lei, pelo que nenhuma margem há para colaboração da Administração no precisá-la ou em eventual possibilidade de suspendê-la. [...] Já, nos segundos casos, compete à Administração analisar a hipótese, concluindo, em face de circunstâncias subjetivas e objetivas, ou (a) pela efetiva periculosidade da atividade [...] (b) pela inexistência de perigo que justifique a persistência de uma vedação genérica, por ela mesma absolvível, casuisticamente. [...] De todo modo, entretanto, descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito. Exatamente por isso, é ilegal a ação da Administração que, a pretexto de exercer o poder de polícia, se interna na esfera juridicamente protegida da liberdade e da propriedade. Eis por que, se não há ocorrência de obscenidade, improcede a interrupção de espetáculo público obstado sob tal justificativa.

Nesse sentido escreve Diógenes Gasparini (1995), pois segundo ele, o poder de polícia resta limitado de duas formas; a primeira consistente no amplo interesse de impor limitações ao exercício das liberdades privadas; a segunda em que devam ser observados os direitos conferidos aos administrados pelo ordenamento positivo, assim, encontra-se a limitação do poder de polícia na conciliação do ato de restringir o gozo das liberdades individuais e da propriedade com a necessidade de se preservar os direitos fundamentais reconhecidos a favor dos administrados.

Finalmente, Caio Tácito (1975) explica ainda sobre outra limitação imposta ao poder de polícia, que consiste na limitação da Administração Pública quando na escolha dos meios de atuação no tocante ao objeto. Embora a Administração decidindo de forma discricionária da oportunidade ou conveniência das medidas administrativas ou mesmo da forma escolhida para a sua materialização, deve ela sempre se utilizar dos meios compatíveis previstos em lei.

2.5. Competência e delegação

Serão analisadas aqui as hipóteses em que pode existir a delegação do poder de polícia bem como a quem de fato ele pode ser delegado. Precisar-se-á estabelecer qual agente e ou entidade, possui a competência para exercer atos em

nome da Administração Pública, demonstrando-se o que é competência e bem como delegação.

2.5.1. Competência

Para Helly Lopes Meirelles (2004, p. 128) “tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria”. Continua explicando que os assuntos de interesse nacional obviamente ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União, enquanto que compete a polícia estadual os assuntos pertinentes às matérias regionais, e por último, os assuntos de interesse locais subordinam-se ao policiamento municipal.

Entretanto, ocorrem situações que interessam simultaneamente às três entidades estatais, devido ao fato de que elas se estendem por todo o território nacional, dessa forma o poder de regular e de policiar acaba por se difundir entre as três Administrações interessadas, atuando cada uma delas no limite de sua competência territorial. Importante lembrar que a regra é a exclusividade do policiamento administrativo, pois a concorrência é a exceção.

Assim, conclui-se que para o exercício do poder de polícia deve existir primeiramente uma autorização legal, de forma explícita, atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a opção de agir. A competência vincula-se sempre aos atos administrativos, decorrentes obrigatoriamente de enunciação legal prévia. Por isso, a ação de polícia somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada (TÁCITO, 1975).

2.5.1.1. Dos agentes públicos

Com mencionado acima, será preciso determinar a quem de fato o poder de polícia pode ser delegado, mister então adentrar-se na definição de agente público.

A Administração Pública é um complexo de órgãos e pessoas que desempenham funções e serviços nos mais variados setores da sociedade (MEDAUAR, 2010). Portanto, admite-se que para a realização de tais atividades o Estado acaba por interferir na vida dos particulares em nome do bem coletivo, utilizando-se do poder de polícia. Ainda, sendo o agente público o legítimo representante de sua vontade, natural que o mesmo seja o ente que possa vir a desempenhar as atividades que necessitem do uso desse poder (TÁCITO, 1975).

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 75) apresenta a seguinte definição:

Agentes públicos – São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídos entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções.

Somando ao que foi dito encontram-se os dizeres de Marçal Justen Filho (2005, p. 567):

Agente público é toda a pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado. [...] O Estado é uma pessoa jurídica, e sua atuação jurídica depende da atuação material de um indivíduo. O agente público é aquele que forma e manifesta a vontade estatal. Segundo a teoria do órgão, a vontade estatal é formada e manifestada por meio da atuação de pessoas físicas. Essas pessoas físicas não são, no rigor técnico, representantes do Estado – mesmo que, na terminologia usual, haja referência à condição de representante. [...] O ponto fundamental reside em que o direito atribui os atos materiais do agente à pessoa jurídica. Portanto, há uma única atuação jurídica, no sentido de que o Estado produz atos jurídicos por meio de uma pessoa física, que forma e exterioriza para fins jurídicos a vontade estatal.

Explana José Cretella Júnior (1995), para ele, agentes públicos são os que permitem ao Estado conseguir os fins últimos a que se destina, desempenhando atividades físicas e intelectuais, de forma permanente, temporária ou acidental e ainda, podendo ser através de atos jurídicos, técnicos e matérias.

Conclui Marçal Justen Filho (2005, p. 569) sobre um último tipo de agentes estatais, os que não possuem vínculo formal com a Administração Pública:

A primeira distinção a ser feita reside na existência ou ausência de vínculo jurídico formal. Alguém pode assumir a condição de órgão estatal em virtude das circunstâncias, sem a existência de um vínculo jurídico determinado e formal. Isso se passa na hipótese do chamado funcionário de fato – aquele que se apresenta, em vista de circunstâncias muito peculiares, como agente estatal, mas que, na realidade, não o é. A natureza dos atos

praticados, a necessidade de tutela aos terceiros e outra decorrências do princípio da segurança jurídica podem conduzir o direito a validar os efeitos dessa situação fática, inclusive para o efeito de impor punições severas ao indivíduo envolvido, se tiver atuado de modo reprovável. Mas essa situação é, evidentemente, excepcional.

Nesse último citado, Marçal Justen Filho (2005) alerta para a excepcionalidade da situação em que se encontram tais indivíduos, justamente pelo fato de não possuírem o vínculo jurídico formal pertinente aos agentes públicos, mas que, devido ao princípio da segurança jurídica a Administração Pública acaba por validar os atos por esses executados.

2.5.2. Delegação

As doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) bem como a de Marçal Justen Filho (2005) são claras quanto à delegação de atividades tipicamente exercidas pela Administração Pública, especificamente aquelas que fazem o uso do poder de polícia, aos particulares. De fato, eles consideram inexistir essa possibilidade, ponderando, todavia, sobre serem realizados pelos particulares atos preparatórios necessários a prática dos atos de polícia.

Nesse sentido escreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 789):

Os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, *exempli gratia*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados. A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros. **Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação**¹ (grifo nosso).

¹ Por força do qual o contrato prestará a atividade para o Poder Público, sem vínculo jurídico direto com os administrados e sem remuneração captada diretamente desses.

No mesma linha de pensamento Marçal Justen Filho (2005, p. 392) explica:

Não se admite que o Estado transfira, ainda que temporariamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada. Isso não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercitada por terceiros, que não os agentes públicos (grifo nosso).

Assim, de acordo com os autores acima, a Administração Pública não pode delegar a particulares atividades que utilizem o poder de polícia, pelo simples motivo de que tal atuação implicará na ocorrência de duas situações: um desequilíbrio entre a igualdade que os administrados possuem entre si e um equilíbrio deles perante a Administração.

3. OS DIREITOS AUTORAIS

Neste capítulo será abordada a evolução histórica da proteção conferida aos direitos autorais no mundo e na legislação pátria, bem como seu conceito e a classificação de sua natureza no ordenamento em vigor.

3.1. A evolução da legislação autoral no mundo

Desde o início dos tempos o homem através da produção intelectual vem se destacando dentre os demais seres vivos. Na Antiguidade, praticamente a autoria era desconhecida, como explica Barros (2007, p. 467):

Na Antiguidade mais remota, a autoria, praticamente, era desconhecida. No Oriente Médio, se célebres eram narrativas épicas e religiosas, tragédias, poesias e outros gêneros, que, geralmente, versava sobre ocorrências lendárias, suas autorias eram atribuídas a figuras mitológicas, deuses ou heróis divinizados, isso quando não anonimizadas pela tradição. Enfim, no máximo, já em estágios mais evoluídos das culturas, se comemoravam os artistas que as divulgavam, recitando-as ou cantando-as, quando talentosos, a exemplo de Homero com a *Ilíada* e a *Odisseia*.

Na antiga Civilização Grega foi que começou a surgir o reconhecimento das autorias das obras, mas não como um direito pertencente aos autores, mais como uma forma de homenagem ao autor pelo seu talento. Dessa forma, aqueles que conseguiam exaltar sua criatividade, de certa maneira recebiam o crédito por suas obras, tanto que os plagiadores eram censurados pela sociedade, chegando a serem impedidos de frequentarem os meios culturais (BARROS, 2007).

Da mesma forma explica Rocha (2001, p. 32):

A condenação pública sempre esteve vigilante em defesa do autor nesse domínio. O plágio vem dos primórdios de nossa civilização. A palavra *plagium* é latina, mas constituída em Roma o correspondente do vocábulo grego que tinha o sentido de “oblíquo”, isto é, de “doloso”. Para os romanos, o *plagiador* era quem roubava ou sequestrava um homem, ou vendia como escravo um homem livre.

Igualmente acontecia o reconhecimento no Império Romano, especialmente em Roma, palco das grandes tragédias, onde os cidadãos que financiavam as peças ganhavam destaque perante a sociedade, bem como aqueles que plagiavam eram mal vistos pela opinião pública (BRASIL, 2006).

Mais a frente, adentrando-se na Idade Média, verifica-se que não existia a consciência da necessidade da implementação de normas reguladoras para a defesa autoral. Nessa época o simples reconhecimento, a admiração por parte dos patronos ou nobres constituía a única forma de associação entre a obra e o autor (SAMPAIO, 2005).

Conforme Barros (2007), na Idade Média o direito sobre as obras sofreu uma grande transformação, houve o monopólio da produção dessas. A produção das obras escritas, que em grande parte era realizado pelo trabalho dos copistas, esses representantes religiosos que na sua maioria viviam enclausurados em conventos e mosteiros isolados do mundo exterior, garantiu à Igreja Católica a tutela rigorosa sobre a produção intelectual daquela época, ao ponto de agravar a desculturação da Europa. Somente com as intervenções mouras que o povo europeu passou a despertar para as artes e para a Ciência.

Foi, entretanto com o advento da tipografia em 1436 por Johann Gutenberg, na cidade de Manz, na Alemanha que surgiu o marco que mudaria a relação entre a obra e o autor, pois pela primeira vez o controle da produção da literatura passaria das mãos do Clero para uma produção em larga escala pelo trabalho incessante da imprensa (SAMPAIO, 2005).

No segmento de Burke (2000) que segue, denota-se a mudança que a imprensa proporcionou.

Após a invenção da tipografia, escribas profissionais e contadores de histórias orais temeram que a prensa lhes fosse tomar o ganha-pão. Para o clero, a tipografia causou problemas porque o novo meio de comunicação permitiu que gente comum estudasse os textos religiosos por sua própria conta e não dependesse daquilo que as autoridades lhes dissessem. Sapateiros, tintureiros, pedreiros e donas-de-casa, todos alegaram o direito de interpretar as escrituras. Soberanos também se preocupavam com o espetáculo da gente comum discutindo e criticando as ações do governo, especialmente depois que os jornais impressos vieram à luz no início do século 17.

Tal advento gerou um grande descontrolo entre os editores e impressores da época, guarnecidos por privilégios adquiridos através de uma permissão concedida pelo Estado, passaram indiscriminadamente à publicação do maior número possível de obras, esperançosos pelo retorno monetário (BRASIL, 2006).

Os privilégios adquiridos geralmente pelos impressores podiam ser resumidos numa espécie de permissão, quase sempre temporária e garantida pelo Estado, para que somente eles pudessem publicar obras literárias. Evitava-se assim, a concorrência de outros editores. Durante esse período do privilégio o monopólio real não permitia que nenhum outro indivíduo pudesse imprimir ou vender a mesma obra protegida, faculdade reservada, com exclusividade, àquele que fosse detentor do documento do privilégio estatal (BRASIL, 2006, p. 252).

Assim, a invenção da tipografia ao passo que dispersou o conhecimento entre o povo, potencializou os casos de plágio, o que acabou por impulsionar o surgimento da disciplina legal para a matéria. Em 1710, a fim de normatizar as publicações literárias a Rainha da Inglaterra criou o Estatuto da Rainha Ana, e o *Copyright Act*, que estabelecia um prazo de proteção de 21 anos para os livros já publicados, e de 14 anos, renováveis pelo mesmo período, para os ainda não publicados. Ressalta-se que originalmente o termo *copyright* significava apenas o direito de cópia, mas, nos dias atuais, designa o sistema autoral nos países de língua inglesa (BRASIL, 2006).

A cerca do *Copyright Act* Ascensão (1997, p. 4) disserta:

Na realidade, o que esta lei concedeu foi um privilégio de reprodução: “shall have the sole right and liberty of printig such books²”. Surge assim a versão anglo-americana do *copyright*, que nunca foi abandonada. Na base estaria a materialidade do exemplar e o exclusivo da reprodução deste.

Posteriormente, na França com a Revolução Francesa, foram abolidos todos os privilégios, de livreiros e de autores, para que fosse criada a lei *droit d’auteur*, a qual estabeleceu o questionamento acerca do registro prévio, sendo que independentemente desse, deveria existir a proteção aos direitos autorais (SAMPAIO, 2005). Outros países, em seguida, inspirados pelos franceses passaram a promulgar leis sobre os direitos autorais, dando origem a uma perspectiva internacional a eles (BARROS, 2007).

² “Que tenhamos o direito de imprimir tais livros”

Assim, Barros (2007) explica que surgiram no âmbito internacional vários movimentos a fim de firmar os direitos autorais em nível internacional. Em 1886, a Suíça foi sede da Convenção de Berna, durante a qual foi estabelecida a consagração internacional à proteção das obras literárias e artísticas, cujos fundamentos são até hoje a base para a defesa e proteção aos direitos autorais.

Nesse norte segue:

Foi a Convenção de Berna, de 1886, ratificada pelo Brasil em 09 de fevereiro de 1922, o passo verdadeiramente decisivo para a inserção dos direitos autorais no âmbito internacional, em pleno vigor até a data de hoje. Nela, são contemplados três princípios preconizados pela doutrina francesa, sendo eles o do tratamento nacional ou da assimilação, o da proteção automática e o da independência da proteção. Por conseguinte: (1) no âmbito dos Estados signatários da convenção, cada um deve dispensar, aos autores dos demais, proteção idêntica à dispensada aos seus nacionais; (2) essa proteção não pode depender de qualquer exigência, mesmo as relativas a registros, depósitos, fiscais etc.; (3) finalmente, a proteção dispensada em cada país signatário é autônoma, não depende da existência de proteção idêntica no outro país, mesmo que seja ele o do autor da obra protegida (Barros, 2007, p. 475).

Dessa forma, a Convenção de Berna se transformou no marco histórico para a proteção internacional da proteção intelectual, pois, anteriormente à adoção dessa, os direitos dos autores raramente eram reconhecidos, especialmente nos casos de reconhecimento por Países a direitos pertinentes a autores estrangeiros.

Por fim, a convenção possibilitou que as legislações ao redor do mundo tomassem rumos mais concisos, ao passo que atualmente é considerado o instrumento jurídico padrão, agora administrado pela Organização Mundial de Proteção Intelectual (OMPI), que tem vigência em nosso país e na maioria dos países que integram a Organização Mundial de Comércio (OMC) (SAMPAIO 2005).

3.2. A evolução da legislação autoral no Brasil

3.2.1. A legislação específica

No âmbito internacional, em 1889 o Brasil vota na Convenção de Montevidéu, entretanto não a ratificando. Ainda, no mesmo ano, foi assinado com Portugal um acordo que no ordenamento jurídico interno foi incorporado pelo Decreto n.º 10.353 de 14 de Setembro de 1889, nesse, cada país garantia o tratamento nacional aos autores do outro país. Já em 1922, o país ratifica o Convênio de Berna, permanecendo até 1965, como único país da América Latina a integrar esse importantíssimo instrumento (ASCENSÃO, 1997).

Pedro Orlando (2004, p. 10) comenta acerca das convenções internacionais que o Brasil participou:

Convém notar que o Brasil aderiu e assinou diversas convenções internacionais, a que comparecera por seus representantes, como a celebrada em Berne, em 1866, revista pelo ato adicional em Paris, de 1896, depois revista em Berlim, em 1908, e, finalmente, em Roma, em 1928, sendo que esta última revisão foi aprovada pelo decreto n. 23.270, de 1933, que revogou o anterior, de 22 de novembro de 1932.

Além daquelas, o Brasil também incorporou a Convenção de Roma (26 de outubro de 1961,) pelo Decreto Legislativo nº 57.125, de 19 de outubro de 1965, a qual garantia a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão (BITTAR, 2008).

Já em meados de 1975, pelo Decreto Legislativo 76.905, de 24 de dezembro de 1975, é ratificada a Convenção Universal sobre o direito de autor, revista em Paris (24 de julho de 1971). Não obstante, o país adere à Convenção de Genebra, (29 de outubro de 1971), a qual versava sobre a proteção de produtores de fonogramas, que foi promulgada pelo Decreto n.º 76.906, de 24 de dezembro de 1975. Finalmente, entra para a relação de acordos internacionais o Acordo Sobre Aspectos Dos Direitos De Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio (TRIP's), nesse o Brasil depositou o Instrumento de Ratificação da ata final em que se incorporaram os resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais

Multilaterais, (Genebra, 21 de dezembro de 1994). Esse foi aprovado e promulgado pelo Decreto n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o qual contém vários artigos que se referem ao direito autoral, inclusive à proteção de programas de computadores (COSTA-NETTO, 2008).

Em suma, percebe-se que o Brasil, em relação aos outros países da América Latina esteve sempre um passo à frente, quando o assunto tratasse de legislações protetivas aos direitos autorais.

Já no cenário nacional, a primeira medida criada que se destacou na efetiva proteção de direitos autorais, foi a Lei imperial de 11/08/1827, a qual, pela influência dos recém-criados Cursos de Direito em São Paulo e Olinda, assegurava o privilégio aos professores do ensino superior à exploração por 10 anos dos cursos que publicassem (ASCENSÃO, 1997).

Assim informa o artigo 7º daquela Lei:

Os Lentes farão a escolha dos compêndios de sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já efeitos, com tanto que as doutrinas estejam de accordo com o systema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém à aprovação da Assembléia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez annos (BRASIL, 1827).

Em seguida, com o Código Criminal de 1830, no artigo 261, estava previsto a proibição da reprodução de obras compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros durante a vida destes, e ainda, 10 anos após a morte se deixassem herdeiros (ASCENÇÃO, 1997).

Mas foi no ano de 1898, com a Lei 496 de 1º de agosto, que surgiu o primeiro conjunto de normas específicas sobre direito autoral no Brasil, as quais praticamente perduraram por 75 anos até que surgisse outro estatuto com a mesma abrangência (BARROS, 2007).

Assim previa a lei 496 (BRASIL, 1898) em seu artigo 1º:

Art. 1. Os direitos de autor de qualquer obra litterária, scientifica ou artistica consistem na faculdade, que só elle tem, de reproduzir ou autorizar a reproducção de seu trabalho pela publicação, tradução, representação, execução ou de qualquer outro modo.

Nos anos seguintes o Código Civil de 1916 tratou da matéria em seus artigos 649 a 673, como menciona Orlando (2004, p. 10):

Seguiu-se o Código Civil cogitando da matéria, nos artigos 649 a 673, sobre a denominação, no respectivo capítulo, de *Propriedade Literária, Científica e Artística*, da qual goza do direito de propriedade o autor durante a vida e os herdeiros por mais sessenta anos depois da morte, a contar do dia do falecimento do autor.

E finalmente, após um longo período, em 1973, foi aprovada a Lei 5.988 de 14 de dezembro (BRASIL, 1973b), que instituiu o segundo estatuto brasileiro sobre direito autoral. Carla Eugênia Calda Barros (2007, p. 495-496) destaca a importância que teve tal instrumento normativo:

Com o advento da lei, passou-se a considerar como autor da obra intelectual quem, pacificamente, se identificasse como seu criador, utilizando o próprio nome, completo ou apenas suas iniciais, pseudônimos ou outro sinal convencionado. Na falta dessa indicação, presumir-se-ia como autor aquele que, publicamente, utilizasse a obra. Garantia-se ao registro, então, apenas um significado declaratório, como se constata no artigo 17, o único dispositivo vigente da lei em estudo, excetuando-se seu terceiro parágrafo:

Art. 17. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

§1º. Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade.

§2º. O Poder Executivo, mediante Decreto, poderá, a qualquer tempo, reorganizar os serviços de registro, conferindo a outros Órgãos as atribuições a que se refere este artigo.

§3º. Não se enquadrando a obra nas entidades nomeadas neste artigo, o registro poderá ser feito no Conselho Nacional de Direito Autoral.

Enfim, percebe-se que ao longo dos anos foram diversas as legislações que trataram do tema Direito Autoral, contudo, nenhuma caracterizando o assunto com independência e a importância necessária merecida, situação que somente veio a mudar com a lei 5.988 de 1973 (BRASIL, 1973b).

3.2.2. A legislação constitucional

Somente com o advento da Constituição de 1891, que os direitos autorais passaram a ser protegidos em nível constitucional. O artigo 72 § 26 consagrou o direito exclusivo de reprodução dos autores e a proteção dos herdeiros (SAMPAIO, 2005).

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 26. Aos autores e obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar (BRASIL, 1891).

Mais adiante, com exceção da Constituição Polaca de 1937 (BRASIL, 1937), as demais Constituições adentraram na matéria, como segue:

Constituição de 1934 (BRASIL, 1934):

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

20) Aos autores de obras literárias, artísticas, e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

Constituição de 1946 (BRASIL, 1946):

Art. 341. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 19. Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Constituição de 1967 (BRASIL, 1967):

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 25. Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

Nota-se que essas três últimas constituições não promoveram mudanças significativas nos texto constitucional acerca dos direitos autorais, o que não aconteceu com a Constituição Cidadã de 1988.

Constituição de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...].

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Barros (2007) explica que pela primeira vez surge no texto constitucional o termo “obra”, o qual segundo ela oportunizou a generalização que proporcionou a definição ampla da propriedade intelectual. Ainda, o legislador não se esqueceu de

especificar o prazo determinado em lei para a vigência dos direitos dos autores, diferentemente do prazo da propriedade que é ilimitado. Para ASCENSÃO (1997, p. 13) a fixação do prazo foi determinante, “o propósito da previsão é antes de mais o de consagrar a ‘garantia constitucional’ do direito do autor”, ou seja, “o direito do autor não poderá ser suprimido da lei ordinária, nem ser objeto de equivalente vicissitude”.

Desse modo conclui BARROS (2007) que a normatividade da nova Constituição acabou por impor ao ordenamento jurídico preceitos que assumiram a forma de princípios, que obrigatoriamente passaram a serem norteadores dos advindos procedimentos legislativos e interpretativos.

Nesse sentido escreve Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 748):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingindo, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Por fim, embora tenha havido poucas alterações na proteção constitucional conferida ao longo dos anos, o legislador compensou tal carência com dispositivos específicos sobre a matéria, até que finalmente instituiu a lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998), que altera, atualiza e consolida a legislação sobre os direitos autorais.

3.3. Conceito e natureza jurídica

Antes de se adentrar na conceituação de direitos autorais é necessário que seja registrado que no cenário brasileiro, o uso da expressão “direitos autorais” não é dominante, visto que alguns autores utilizam o termo “direito autoral” e outros optam pela expressão “direito de autor”. Ressalta-se, todavia, que o *nomen juris* não altera a essência do tema, entretanto, considera-se como mais adequada a expressão, direitos autorais (no plural), por aglomerar em si a ideia de sua dupla natureza e os direitos a ela conexos.

José Carlos Costa Netto (2008) explana que a legislação brasileira adotou o posicionamento dualista em relação aos direitos de autor, pois, apesar da Lei 9.610 de 1998 não adentrar na definição específica do termo “direitos de autor”, ela, pela análise do conjunto da orientação normativa, apresenta dois ramos distintos e coexistentes, o direito moral e o direito patrimonial.

Observa-se o conteúdo do artigo 7º da referida lei, no qual se encontra dois elementos característicos, a proteção da criação de espírito, sendo essa a representante do Direito Moral, e a exclusividade de utilização da obra pelo seu autor, representando essa o Direito Material (BRASIL, 2006, p. 394).

Lei 9.610 de 1998 - Art. 7 - São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII - os programas de computador;
- XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial (BRASIL, 1998).

Nesse sentido, está o conceito formulado pelo renomado jurista Antônio Chaves (1995, p. 28):

Podemos defini-lo como o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

Chaves no excerto citado, além de destacar acerca da proteção conferida às obras dos autores e à exclusividade que possuem estes em sua utilização, faz menção também, a duas ordens do direito autoral, uma extra pecuniária e uma patrimonial, sendo essas, de acordo com Pedro Orlando (2004, p. 11) ao citar Clóvis Beviláqua, as constituintes da dupla natureza do direito autoral:

Clovis, sintetizando e esclarecendo de forma notável, nos ensina, pela conclusão de que no direito autoral existe uma parte pessoal, íntima, inalienável e perpétua, que, ultimamente, se tem denominado *Direito Moral do Autor*, e outra parte econômica ou patrimonial, que constitui a propriedade imaterial.

No mesmo norte está a definição de Elisângela Dias Menezes (2007, p. 20):

Trata-se, pois, o Direito Autoral, de um conjunto de privilégios de natureza ao mesmo tempo pessoal e patrimonial, cuja aquisição originária está vinculada diretamente ao exercício da criatividade artística, científica ou literária. Em resumo, é o conjunto de direitos resultantes das concepções da inteligência materializadas sob a forma de arte ou cultura.

A autora destaca que a doutrina têm se referido ao Direito Autoral sempre no plural, assim caracterizando-o como um conjunto, como um conglomerado de prerrogativas, evidenciando a dualidade natural entre os direitos morais e patrimoniais constitutivos de sua essência (MENEZES, 2007).

José de Oliveira Ascensão (1997, p. 584-595), continua explicando sobre a dualidade desse direito:

[...] Os dualistas de hoje defenderiam que o direito de autor em si é duplo, por ser a soma de dois direitos, pessoal e patrimonial. Mas enquanto uns acentuam as diferenças, nomeadamente no que às vicissitudes respeita, outros acentuam as aproximações. Assim, afirmando-se que o direito é duplo pode-se significar, numa técnica elucidativa, que o direito de autor é complexo e não simples, pois resultaria da conjunção de direitos primários.

No mesmo contexto, encontra-se o conceito dado por Carlos Alberto Bittar (2008, p. 08):

Em breve noção, pode-se assentar que o Direito do Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e na ciência.

O autor explica a partir do conceito acima, que as relações regidas pelo Direito Autoral têm sua origem com o surgimento da obra pelo próprio criador, exurgindo direitos respeitantes à sua face pessoal e, de outro lado, por sua comunicação ao público, a sua face patrimonial (BITTAR, 2008).

Continua Bittar (2008, p. 47; p. 49), acerca dos direitos que exurgem das relações do Direito Autoral:

Os direitos morais são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é emanção da personalidade do autor – que nela cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais –, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador.

Direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público. Em consonância com a respectiva textura, esses direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para a exploração econômica de sua obra, que constitui verdadeiro monopólio, submetendo à sua vontade qualquer modalidade possível.

Enfim, diante dos conceitos acima expostos, denota-se a existência de dois elementos distintos, moral e patrimonial, na composição do Direito Autoral, dualidade essa que acaba por dividir a doutrina quanto à natureza dos Direitos Autorais. Assim explica Bittar (2008): “Com efeito, os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais”.

Continua o autor, que por se bipartirem em dois feixes de direitos, intimamente ligados em um conjunto que não se divide, não podem os direitos autorais ser enquadrados em uma categoria específica, pois estes constituem nova e distinta modalidade de direitos privados (BITTAR, 2008).

Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados (BITTAR, 2008, p. 11)

Nesse sentido escreve Ascensão (1997, p. 18):

A impressão inegável de especificidade deste ramo do direito resulta, não da demarcação de princípios próprios, mas tão-somente da índole do objeto. É por força desta particular índole, nomeadamente do caráter imaterial do bem, que se aceita que represente um ramo autônomo do Direito. [...] De fato, o Direito de Autor representa um ramo autônomo. As suas fronteiras são delimitadas com precisão muito superior à dos demais ramos do direito, pois abrange tudo o que respeita à disciplina da obra literária ou artística.

Em resumo, resta demonstrado a dualidade existente na formação intrínseca dos Direitos Autorais, dualidade esta que permitiu que fossem elaboradas normas para a proteção tanto do caráter moral quanto do patrimonial, sendo este último o mais relevante para o presente estudo.

4. O ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD

Neste capítulo serão abordados os elementos constitutivos do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, órgão responsável pela fiscalização e cobrança dos direitos autorais em nosso país, partindo-se da sua origem e constituição, passando-se pela forma com a qual desempenha sua atividade de arrecadação e finalmente demonstrando, com base na legislação autoral vigente, suas limitações quanto ao desempenho dessa função.

4.1. Origem e constituição do ECAD

O ECAD é uma sociedade civil, de natureza privada, instituída pela Lei Federal nº 5.988 de 1973 (BRASIL, 1973b) e mantida pela atual Lei de Direito Autoral brasileira, a Lei 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998), como se observa em seu artigo 99º.

Lei 9.610 de 1998 – Art. 99 - As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

Administrado por nove associações, (Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil - SADEMBRA, Associação de Intérpretes e Músicos - ASSIM, Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos - ABRAC, União Brasileira de Compositores - UBC, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais - SOCINPRO, Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais - SICAM, Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música - SBACEM, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes - AMAR e Associação Brasileira De Música e Artes - ABRAMUS), exerce a competência para realizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais decorrentes da execução pública de músicas nacionais e estrangeiras (ECAD, 2011).

Com sede na cidade do Rio de Janeiro, esse órgão possui 25 unidades arrecadadoras, 780 funcionários, 45 advogados prestadores de serviço e 130 agências autônomas instaladas em todos os Estados da Federação. O controle de informações é realizado por um sistema de dados totalmente informatizado e centralizado, que possui cadastrado 342.000 titulares diferentes. De acordo com a instituição, estão catalogadas 2,4 milhões de obras, além de 862.000 fonogramas, que contabilizam todas as versões registradas de cada música.

Os números envolvidos fazem com que aproximadamente 80 mil boletos bancários sejam enviados por mês, cobrando os direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados “usuários de música”, que somam 418 mil em todo o país (ECAD, 2011).

4.2. O sistema de arrecadação

De acordo com a Resolução 24 do extinto Conselho Nacional De Direito Autoral – CNDA, “A cobrança dos direitos autorais deverá ser feita, sempre que possível em função do lucro direto ou indireto proveniente, para o usuário, da utilização dos bens intelectuais protegidos” (COSTA-NETTO, 2008, p. 293).

Continua o autor destacando:

[...] As utilizações – como comunicação direta ao público – de obras musicais como essência da atividade de usuário seriam, principalmente, as

(i) de promoções musicais ambulantes “ao vivo” (tais como o “trio elétrico”), por auto-falantes etc.;

(ii) relativas à apresentação de música “ao vivo” ou danças, de forma permanente ou temporária (aqui entendida que a essencialidade do uso só será caracterizada nos períodos de efetiva utilização);

(iii) de shows “ao vivo”, espetáculos carnavalescos ou eventos essencialmente musicais;

(iv) as exibições cinematográficas. As utilizações essenciais através da comunicação indireta, realizadas sem a presença do público, seriam, principalmente, as emissões de rádio e televisão (inclusive por cabo), as transmissões de música ambiental (por fios, cabos, multiplex, ondas hertzianas ou qualquer outro sistema, inclusive por computadores) (COSTA-NETTO, 2008, p. 294-295).

Desse modo depreende-se do exposto acima, que é passível de identificação a existência de duas categorias globais que sofrem a ação da cobrança pelo ECAD, as de uso direto e indireto das obras musicais, como bem pode ser observado na própria regulamentação dos princípios gerais da instituição:

Para efeito de aplicação da Tabela de Preços praticados pelo ECAD, considera-se usuário de direito autoral toda **pessoa física ou jurídica que utilizar obras musicais, literomusicais, fonogramas, através da comunicação pública, direta ou indireta**, por qualquer meio ou processo similar, seja a utilização caracterizada como geradora, transmissora, retransmissora, distribuidora ou redistribuidora (ECAD, 2011) (grifo nosso).

4.2.1. As formas regulamentares de arrecadação pelo ECAD

O atual regulamento de arrecadação do ECAD prevê a classificação a partir do nível de importância da música para a atividade exercida bem como para o estabelecimento que a utiliza, podendo ser indispensável, necessária ou secundária, e ainda, se a apresentação é feita através de música ao vivo ou mecânica e com ou sem a atividade de dança. Também, o regulamento estabelece que os usuários sejam divididos segundo a frequência de utilização da música, em permanentes, eventuais e gerais (ECAD, 2011).

Assim, de acordo como a seção de Princípios Gerais das Formas de Cálculo e Critérios de Cobrança do ECAD (ECAD, 2011), segue a classificação dos usuários:

USUÁRIO PERMANENTE - Aquele que de maneira constante, habitual e prolongada utiliza obras musicais e fonogramas em sua atividade profissional ou comercial. A periodicidade do pagamento da retribuição autoral será, no mínimo, mensal. No caso da promoção de espetáculos, cinemas e circos considera-se habitual a execução musical sempre que o usuário, num mesmo local de que seja proprietário, arrendatário ou empresário, tiver efetuado no mínimo 8 (oito) espetáculos ou audições musicais por mês durante 10 (dez) meses em cada ano civil. Também se enquadram como permanentes, os empresários locais ou regionais que promovem espetáculos musicais em várias cidades, nas mesmas condições acima referidas. Caso o usuário permanente se torne inadimplente, perderá a prerrogativa de usufruir qualquer benefício que lhe tenha sido conferido em razão da permanência da utilização musical.

USUÁRIO EVENTUAL - Aquele que por exclusão não é usuário permanente.

USUÁRIO GERAL - Aquele que não foi enquadrado como emissora de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, circo e parque temático, sala de projeção, promotor de show, espetáculos e eventos especiais.

Além disso, existe a classificação quanto as diferentes formas de utilização das obras musicais, a seguir transcritas:

a) EXECUÇÃO MUSICAL - Qualquer meio ou processo de comunicação de obras musicais, literomusicais e de fonogramas ao público, mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais, direta ou indiretamente, tais como em espetáculos de natureza diversa, espetáculos e desfiles carnavalescos, audições públicas, concursos, sejam essas execuções realizadas em locais fechados ou abertos, em teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, escritórios particulares, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, em estádios, circos, restaurantes e similares, hotéis e motéis, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, alto-falantes, e onde quer que se executem, interpretem, transmitam ou retransmitam obras musicais, literomusicais e fonogramas protegidos pela lei.

b) EMISSÃO ou TRANSMISSÃO MUSICAL - A comunicação ao público de obras musicais, literomusicais e de fonogramas por provedores de sinais de rádio, televisão ou redes digitais e similares, com ou sem imagem, através de ondas radioelétricas, fios, fibra óptica, cabos, redes telefônicas, satélites ou por quaisquer outros meios similares, existentes ou que venham a ser inventados.

c) RETRANSMISSÃO MUSICAL - A emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra (ECAD, 2011).

Continuando, está também prevista a classificação dos usuários quanto o tipo de atividade econômica e frequência de utilização das obras musicais, no item 7º da seção de Princípios Gerais do ECAD (ECAD, 2011).

7º - Os usuários dos direitos autorais serão classificados segundo o tipo de atividade econômica e frequência de utilização das obras musicais, literomusicais e fonogramas.

[...]

O ECAD poderá fixar o pagamento antecipado por estimativa de receita bruta ou exigir uma garantia mínima e a assinatura de um Termo de Responsabilidade em formulário fornecido pelo Escritório, quando o preço da utilização dos direitos autorais a ser pago pelo usuário for fixado em uma percentagem aplicada sobre a receita bruta (considerados os ingressos e demais receitas), que será aferida imediatamente após a realização do espetáculo ou audição.

a) Consideram-se como elementos formadores da receita bruta de venda de ingressos: entradas, convites, couvert artístico, consumação obrigatória,

aluguéis de mesa, comercialização de anúncios ou espaços publicitários, patrocínios, apoios, subvenções, venda de recipientes para festivais de bebidas, ou qualquer outra modalidade de cobrança, ainda que implícita, sempre que relacionadas com a realização do evento no qual se utilizarem obras musicais;

b) Os eventos, shows ou espetáculos musicais que não dispuserem ingressos à venda, mas apreciarem receitas de outra natureza, tais como, publicidade, subvenções, patrocínios ou apoios financeiros, estas serão consideradas para efeito de receita bruta, não se considerando a tabela de preços constante no Item I, dos Usuários Eventuais.

Por último, existem ainda as hipóteses em que a utilização musical não é essencial às atividades do utilizador, muito bem focado por José Carlos Costa Netto (2008, p. 310):

O fato de a comunicação da obra musical ser feita diretamente ao público não implica, necessariamente, em que esteja sendo utilizada como atividade essencial do usuário. Assim, a música ambiental, por exemplo, em um restaurante ou em um escritório está atingindo diretamente o público, mas consiste, apenas, em utilização complementar, sob o enfoque da atividade econômica principal do estabelecimento em questão.

Enfim, percebe-se que são diversas as formas existentes para que se obtenha o valor da remuneração justa, para os titulares de direitos autorais, especialmente para aquelas utilizações não essenciais, por serem muito diversificadas e até aleatórias, ao ponto de chegar a merecerem críticas procedentes quando da aplicação de critérios de cobrança pelo ECAD (COSTA-NETTO, 2008).

Nesse sentido afirma o autor:

[...] é adequado se concluir – como regra geral – que nos casos em que a utilização da obra intelectual seja condição essencial para as atividades do usuário, este deverá remunerar seus titulares com uma participação percentual da receita daquele em decorrência dessas atividades, o que seria, contudo, impróprio para a hipótese de quem faz uso dessa obra apenas de forma complementar – e não fundamental – às suas atividades (COSTA-NETTO, 2008, p. 293).

Por fim, o fundamental, todavia, é que sejam essas cobranças substancialmente inferiores do que os recolhimentos devidos, quando aplicados o critério percentual sobre receita e o de uso essencial, simplesmente por se tratar de uma utilização complementar (COSTA-NETTO, 2008).

4.3. As limitações do ECAD perante a Lei 9.610 de 1998 (LDA)

4.3.1. A execução pública

Conforme o caput do artigo 99 da Lei 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998) (Lei dos Direitos Autorais - LDA) abaixo transcrito, o ECAD está limitado quando protagonista da função de fiscal, justamente pela observância das palavras utilizadas no normativo em foco “**execução pública**”.

Lei 9.610 de 1998 – Art. 99 - As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à **execução pública** das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais (grifo nosso).

José Carlos Costa Netto (2008, p. 306) acentua tal limitação de forma muito clara:

De qualquer forma, ressalva-se, o fato de haver uma atribuição legal privativa do ECAD – com a consequente delimitação do seu campo de atuação compulsória (arrecadação e distribuição unificada “dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas”, conforme o *caput* do art. 99 da lei 9.610/98) – [...].

Entretanto, de modo algum está se afirmando que os autores não poderão conferir ao ECAD poderes para exercer sua função também em relação às outras modalidades de obras musicais e fonogramas que não se enquadrem no modelo de execução pública (Costa-Netto, 2008). Apenas, se enfatiza tal limitação, justamente devido ao grande contingente de eventos que são realizados cotidianamente em todo o território nacional, que apesar de utilizarem obras protegidas pela lei autoral, não estão revestidos por tal característica.

A esse respeito explica Costa-Netto (2008, p. 307-308):

[...] Nada impede que os titulares de direitos autorais possam conferir ao Escritório Central poderes para exercer o seu mister também em relação a outras utilizações de obras musicais e fonogramas que não a execução pública, como outra entidade associativa de titulares de direitos autorais qualquer poderia realizá-lo, beneficiada pela condição de “substituto

processual” concedida pelo § 2º do mesmo art. 99, embora, naturalmente, nesses casos não poderá o ECAD se valer do mandato legal que é apropriado apenas para as atividades que lhe são privativas por força do comando legal do citado artigo 99, *caput*.

Por fim, fundamental se faz demonstrar o que é considerado representação e execução pública de obras pela Lei 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998), conforme seu artigo 68º:

Lei 9.610 de 1998 – Art. 68 - Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

Entende-se que o normativo acima deva ser considerado como um rol taxativo e não exemplificativo, tendo em vista a forma extensiva e minuciosa pela qual são elencadas as diferentes possibilidades de ocorrência das execuções públicas, assim, agregando de forma complementar à restrição do ECAD quanto ao critério em análise.

4.3.2. A necessidade de filiação

Encontra-se na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) a garantia da liberdade associativa, igualmente previsto na LDA (BRASIL, 1998).

Constituição Federal de 1988 - Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Lei 9.610 de 1998 - Art. 97 - Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associarem-se sem intuito de lucro.

Dessa forma, ressalta-se a necessidade do ECAD provar que o detentor do direito autoral, o qual estiver representando, seja integrante de uma das associações participantes de sua gerência, tendo em vista que não é cabível que se pleiteie direito alheio em nome próprio.

O artigo 6º do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973a) já determinou o que acima é mencionado: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei expressa”.

Celso Agrícola Barbi (1993, p. 64) é bem claro sobre o assunto.

[...] Ao negar que alguém possa pleitear, em nome próprio, direito alheio, a lei fixa o princípio afirmativo de que somente o titular do direito pode demandar acerca dele. A regra é correta, porque, na verdade, é mais conveniente que o legislador deixe a cada pessoa a iniciativa de reclamar em juízo os seus direitos. O titular de um direito é que melhor sabe se lhe convém reclamá-lo e o momento em que deve fazê-lo. Teoricamente, pode-se admitir um sistema em que, como regra geral, qualquer pessoa possa vir a juízo reclamar direito de outrem, apesar de, pessoalmente, não ter interesse algum nesse direito. Mas, mesmo nos países socialistas, em que o princípio individualista deixou de prevalecer, a regra geral ainda é a firmada em nosso País, se bem que as exceções sejam mais numerosas.

Igualmente, destaca Antônio Carlos Araújo Cintra e colaboradores (1993, p. 218):

Ainda como desdobramento da idéia da utilidade do provimento jurisdicional pedido, temos a regra que o Código de Processo Civil enuncia no art. 6º: 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio, salvo quando autorizado por lei. Assim, em princípio, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).

Concluem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p. 80-81):

Para propor ação o autor deve afirmar-se titular do direito material a ser discutido em juízo e demonstrar ter necessidade de pleitear a tutela jurisdicional. Compete ao juiz, ao despachar a petição inicial, verificar se estão presentes esses requisitos; se a parte for manifestamente ilegítima ou faltar ao autor interesse processual, a petição inicial será indeferida (CPC 295 II e III). Tanto o que propõe quanto aquele em face de quem se propõe a ação devem ser partes legítimas para a causa. Somente é parte legítima aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo. A norma trata tanto da legitimatio ad processum quanto da legitimatio ad causam ou material (Arruda Alvim, Trat., I, 329). Quando aquele que se afirma titular do direito discutido em juízo é a parte legítima diz-se tratar de legitimação ordinária para a causa; ocorre a legitimação extraordinária, da qual a substituição processual (CPC 6º) é espécie, quando há a desconcórdância entre a titularidade do direito material e a legitimação para a causa.” [...] O artigo 6º do Código de Processo Civil dispõe que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando expressamente autorizado pela lei. Trata-se da legitimidade ad causam (para a causa) para o exercício do direito de ação. Seria absurdo admitir-se que alguém tivesse direito de ação para ingressar em juízo e, em nome próprio, pleitear direito alheio. O direito de ação apenas é assegurado àquele que pretender pleitear direito próprio, ressalvados os casos em que a própria lei admite a chamada legitimidade extraordinária, hipóteses em que o detentor do direito não é, necessariamente, o titular do direito material.

Nesse sentido, encontra-se o artigo 98 da lei 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998):

Lei 9.610 de 1998 - Art. 98 - **Com o ato de filiação**, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança (grifo nosso).

Bem como, o próprio entendimento do ECAD (BRASIL, 2011), na parte de orientação aos autores:

A partir do momento em que o titular filia-se a uma associação, esta torna-se mandatária para a prática de todos os atos necessários à defesa de seus direitos autorais. Consequentemente, o ECAD, por ser o Escritório Central criado pelas associações para este fim, torna-se representante dos titulares para efetuar a cobrança e a distribuição pela execução pública de obras musicais e/ou fonogramas. **O ECAD só representa os titulares filiados a uma das associações que o compõe**. Se um determinado autor não estiver filiado a quaisquer destas sociedades, o ECAD não praticará nenhum ato de defesa de seus direitos (grifo nosso).

Assim, reiterasse que a garantia constitucional assegurada pelo artigo 5º, inciso XX da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), igualmente assegurada

pelo artigo 97 da Lei 9.610 de 1998 (Brasil, 1998), abre margem para que não se subentenda a filiação automática dos autores junto a qualquer uma das associações que integram o ECAD, situação esta que se verossímil, impossibilitaria a cobrança por parte da instituição.

4.3.3. A necessidade de autorização expressa

Existe na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) a previsão da necessidade da concessão específica de autorização por parte dos associados para que as associações atuem em nome desses.

Constituição Federal de 1988 - Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXI - as entidades associativas, **quando expressamente autorizadas**, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (grifo nosso)

Importante frisar, que não se está questionando a legitimidade do ECAD para representar seus associados, justamente porque existe a previsão legal expressa de que a entidade pode atuar como mandatária desses para promover a defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, como se observa no normativo abaixo.

Lei 9.610 de 1998 - Art. 99 - As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

[...]

§ 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados (BRASIL, 1998) (grifo nosso).

Também, não se está questionando quanto à necessidade da existência e manutenção do ECAD, tendo em vista o número considerável de detentores de direitos autorais e maior ainda o número de eventos realizados em todo o país, por tal razão, que a criação de um órgão que atue na fiscalização da utilização desses direitos é logicamente a solução mais pertinente e eficaz, tendo em vista que seria praticamente impossível que os autores viessem a fiscalizar a execução pública de suas obras em todo o território nacional.

José de Oliveira Ascensão (1997, p. 631), comenta que a criação do ECAD foi uma forma inusitada de se sobrepor a problemática da cobrança dos direitos autorais.

O ECAD é ainda um órgão privado, mas está sujeito a um estatuto muito especial. Este órgão estava previsto pelo art. 115 da Lei n. 5.988 e representava uma maneira engenhosa de ultrapassar os problemas surgidos na cobrança e distribuição das quantias devidas pela execução pública de obras musicais ou lítero-musicais.

Todavia, acredita-se que não deva existir uma generalização da atuação por parte do ECAD, quando representante de seus associados (Ferreira-Filho, 1990). Obviamente que a maioria dos autores se associa para que possam receber o que lhes é de direito, os frutos materiais pela execução pública de suas obras, porém, não se pode negligenciar as situações nas quais havendo a cientificação prévia dos autores, esses, por motivos quaisquer, possam vir abrir mão dessa arrecadação. Entre as diversas situações possíveis, cita-se como exemplos a realização de shows beneficentes e eventos que não visam à obtenção de lucros.

Acerca do tema, escreve Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 45):

[...] a princípio, para agir, tanto em juízo quanto no plano administrativo é necessário ser titular do interesse que se pretende fazer valer. Aqui a Constituição abre exceção, ao admitir que a associação possa fazê-lo, evidentemente para a defesa de interesses subjetivos de seus filiados. Reclama a Constituição que estejam elas para tanto 'expressamente autorizadas'. A autorização deve ser em cada caso e não genérica. **Com efeito uma autorização genérica poderia levar à situação esdrúxula de a associação pleitear direitos contra a vontade do titular desse direito** [...] (grifo nosso).

No mesmo sentido escreve ASCENSÃO (1997, p. 632):

É o que estabelece o art. 5º XXI da Constituição. Mas este restringe: “quando expressamente autorizadas”. A autorização que se refere só pode ser a dos associados: não estará em causa uma autorização administrativa. Isto significa que, no ato de adesão, o associado deverá outorgar expressamente poderes de representação.

Enfim, ressalta-se que não deva ocorrer de forma indiscriminada a cobrança dos direitos autorais pelo ECAD, justamente porque a presunção de que os autores sempre queiram receber a arrecadação a que têm direito, não deve proceder em cem por cento dos casos, assim, necessário que ao menos haja a notificação do autor, questionando-lhe sobre o evento alvo de arrecadação, especialmente nas apresentações sem fins lucrativos.

4.3.4. O poder de polícia

Finalmente, retoma-se o tema abordado no primeiro capítulo, o Poder de Polícia, ao se analisar o conteúdo do artigo 115 da lei 9.610 de 1998 – LDA (BRASIL, 1998), no qual se encontra a frase abaixo grifada “autoridade judicial competente”.

Lei 9.610 de 1998 - Art. 115 - A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela **autoridade judicial competente**, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro (BRASIL, 1998) (grifo nosso).

Compreende-se que a expressão acima destacada, faz menção a uma autoridade advinda de um órgão estatal, imprescindivelmente referenciando-se a um agente público em todas as suas atribuições, como já visto anteriormente, aqui sucintamente definido:

Agente público é toda a pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado. [...] O Estado é uma pessoa jurídica, e sua atuação jurídica depende da atuação material de um indivíduo. O agente público é aquele que forma e manifesta a vontade

estatal. Segundo a teoria do órgão, a vontade estatal é formada e manifestada por meio da atuação de pessoas físicas. Essas pessoas físicas não são, no rigor técnico, representantes do Estado – mesmo que, na terminologia usual, haja referência à condição de representante. [...] O ponto fundamental reside em que o direito atribui os atos materiais do agente à pessoa jurídica. Portanto, há uma única atuação jurídica, no sentido de que o Estado produz atos jurídicos por meio de uma pessoa física, que forma e exterioriza para fins jurídicos a vontade estatal (JUSTEN-FILHO, 2005, p. 567) (grifo nosso).

Dessa forma, os fiscais descritos no artigo 99 da Lei 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998) abaixo transcrito, por serem funcionários de uma entidade privada, não assumem o papel de agentes públicos, impossibilitando-os de realizarem atos revestidos com poder de polícia.

Lei 9.610 de 1998 - Art. 99 - As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.

§ 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.

§ 4º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.

§ 5º A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis (BRASIL, 1998) (grifo nosso).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) bem como Marçal Justen Filho (2005) são claros quanto à delegação de atividades tipicamente exercidas pela Administração Pública aos particulares, especificamente aquelas que fazem o uso do poder de polícia. Consideram inexistir tal hipótese, ponderando sobre a possibilidade de serem realizados por esses, somente atos preparatórios necessários a prática dos atos de polícia pelos agentes públicos.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 789) escreve:

Os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, *exempli gratia*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados. A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros. **Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação**³ (grifo nosso).

Assim, de acordo com os autores acima, a Administração Pública não pode delegar aos agentes particulares, aos fiscais do ECAD, o poder de polícia para que esses desempenhem suas atividades. Na hipótese da ocorrência de tal transferência, estaria a Administração Pública comprometendo o equilíbrio existente entre os seus administrados (MELLO, 2006).

Reafirmando o exposto anterior, transcreve-se a ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual resta reconhecido a impossibilidade de delegação do poder de polícia a entidades do setor privado.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da **indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados**. (BRASIL, 2002) (*grifo nosso*).

Entretanto, não está sendo afirmado que os fiscais pertencentes ao ECAD estejam proibidos de desempenharem suas atividades, apenas que só poderão realizar atividades preparatórias, quando o ato em questão demandar pelo

³ Por força do qual o contrato prestará a atividade para o Poder Público, sem vínculo jurídico direto com os administrados e sem remuneração captada diretamente desses.

poder de polícia, ao da autoridade judicial competente, (JUSTEN-FILHO, 2005), como por exemplo, notificações extrajudiciais.

Desse modo explica o autor:

Não se admite que o Estado transfira, ainda que temporariamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada. Isso não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercitada por terceiros, que não os agentes públicos (JUSTEN-FILHO, 2005, p. 392).

Enfim, acredita-se que estaria o ente estatal, na hipótese de delegar o uso do poder de polícia aos particulares, abrindo precedentes para que venha a ocorrer o comprometimento da ordem social, bem como, o comprometimento da própria gestão pública.

5. CONCLUSÃO

Objetivou-se neste trabalho acadêmico, estudar a atuação da sociedade civil conhecida como ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, quando exercente da atividade de arrecadador e fiscal dos direitos autorais. Foram abordadas as limitações dessa instituição em consonância com a lei dos direitos autorais vigente, Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 – LDA (BRASIL, 1998) e em especial se seus atos, quando atuante no papel de agente fiscal, assumiriam características típicas àquelas inerentes aos atos revestidos com poder de polícia administrativa.

No presente estudo foram analisados durante o primeiro capítulo os aspectos mais relevantes acerca do poder de polícia, partiu-se da sua origem em direção a sua evolução histórica, sendo explicitados em seguida, seus principais atributos - conceito, características, finalidade, limites, competência e em especial a sua delegação. Chegou-se a conclusão que o poder de polícia teve seu surgimento juntamente com o Estado, pela necessidade desse de desempenhar as atividades que visassem a estabelecer a ordem social, tais como, as normativas, as fiscalizadoras, as punitivas, bem como as preventivas. Dessa forma, o poder de polícia tornou-se a ferramenta que permitiu ao ente estatal assumir o papel de entidade reguladora, retirando das pessoas a necessidade de usarem a força para a defesa de seus interesses.

Também, concluiu-se que o Estado não pode delegar o uso do poder de polícia aos representantes do setor privado, pois se o fizer, estará ele pondo em risco a relação de igualdade existente entre os particulares e a própria relação necessária de desigualdade, adquirida nos primórdios de sua constituição, entre ele e seus administrados, abrindo precedentes para que venha a ocorrer o comprometimento da ordem social, bem como, da própria gestão pública.

No segundo capítulo foram abordados, de maneira similar ao primeiro, os aspectos mais relevantes e pertinentes ao tema proposto, com relação aos direitos autorais, delineando-se a partir da antiguidade clássica até os tempos atuais a proteção conferida pela legislação internacional e em especial pela proteção dada

pela legislação brasileira. Posteriormente adentrou-se na sua conceituação e na classificação vigente de sua natureza conforme o ordenamento autoral em vigor.

Dessa forma, chegou-se a conclusão que o termo “direito autoral” não é unanimidade entre as doutrinas e nem entre as legislações acerca da matéria, justamente pela divergência existente em torno de sua natureza. Assim, entende-se que existem duas correntes que se sobressaem dentre as demais, a dualista e a *sui generis*, sendo a primeira em uso pela atual lei de direitos autorais, visto que nela encontram-se referências aos aspectos morais e patrimoniais do direito autoral. Enfim, conclui-se que devido ao grande número de obras autorais existentes e consequentemente ao valor econômico que representam, o Estado foi impelido a estabelecer normativos ao longo do tempo, que cada vez mais vêm assumindo o caráter protetivo e repressivo.

Por fim, no terceiro capítulo, adentrou-se na análise das características do ECAD, partindo-se da sua origem e constituição e posteriormente à forma pela qual desempenha suas atividades, especialmente as de arrecadação e de agente fiscalizador e finalmente, demonstraram-se suas limitações perante a legislação autoral vigente, com especial atenção no que diz respeito ao poder de polícia.

Desse modo, conclui-se que o ECAD é o órgão responsável pela arrecadação de proventos materiais decorrentes de execução pública das obras de seus associados, todavia, essa atuação encontra-se limitada pelo texto da Lei 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998), pelos seguintes aspectos; ao ECAD compete somente fiscalizar os eventos nos quais aconteça exclusivamente a execução pública de obras autorais protegidas; provar a filiação do associado, que estiver representando, a uma das nove associações que o integram sob a pena de estar infringindo o artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 1973a); apresentar de forma específica e não subentendida a autorização expressa do autor para o recolhimento dos frutos materiais decorrentes da utilização pública de suas obras e finalmente, para o desempenhar de suas atribuições, independentemente da situação em tela, qualquer agente que atue em nome do ECAD deve observar a sua limitação quanto ao uso do poder de polícia, porque esse somente pode ser exercido por funcionários vinculados a um ente estatal de Direito Público, por agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos do autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

BRASIL. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Casa Civil, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>.
Acesso em: 08 mar. 2010.

BRASIL. Lei nº 496, de 1 de agosto de 1898. Define e garante os direitos autoraes. **Senado Federal**, Capital Federal, 1 ago. 1898. Disponível em:
<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=496&tipo_norma=LEI&data=18980801&link=s>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL, **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Casa Civil, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>.
Acesso em: 08 mar. 2010.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Casa Civil, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 08 mar. 2010.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Casa Civil**, Brasília, DF, 25 out 1966. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 29 out. 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Casa Civil, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.
Acesso em: 08 mar. 2010.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973a. Institui o Código de Processo Civil. **Casa Civil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> > Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973b. Regula os direitos autorais e dá outras providências. **Casa Civil**, Brasília, DF, 14 dez. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5988.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Casa Civil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 08 nov. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Casa Civil**, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito Constitucional e Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da lei federal nº 9.649, de 27.05.1998, que tratam dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. Data: 07/11/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

BRASIL. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção cadernos de políticas culturais; v.1).

BURKE, Peter. **A explosão da informação**. Folha de S. Paulo, Caderno Mais!, São Paulo, 16 de julho de 2000.

CHAVES, Antônio. **Criador da Obra Intelectual**. São Paulo: LTR, 1995.

COSTA-NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2.ed. São Paulo: FTD, 2008.

CRETELLA-JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ECAD, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **Sítio eletrônico**. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/ViewController/Publico/Home.aspx>.> Acesso em: 15 mar. 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN-FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA-FILHO, Manuel Gonçalves. **In Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. 1º, art. 1º a art. 43, Saraiva, 1ª ed., 1990.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

MENEZES, Elisangela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROCHA, Daniel. **Direito do autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

SAMPAIO, Maria Mônica de Sousa. **Relato histórico da administração coletiva através do Escritório Central de Direitos Autorais (ECAD)**. Jus Navigandi,

Teresina, ano 10, n. 863, 13 nov. 2005. Disponível em:
<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7544>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.